Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XII.

Ueber die Verpfändung der Grundgerechtigkeiten.

Von Herrn Prof. Dr. **Göppert**
in Breslau.

Die Verpfändung von Prädialservituten ist im Corpus Juris nur in den beiden Stellen l. 11 §. 3, l. 12 D. de pignor. 20, 1 behandelt, hat aber im Gegensatz zu dieser Dürftigkeit des Quellenmaterials besonders in der neueren Literatur recht häufige und weitläufige Besprechungen erfahren, deren Resultate so weit auseinandergehen, daß die Frage noch immer als unentschieden betrachtet werden darf. Es stehen sich auch heute noch zwei Hauptgruppen von Ansichten gegenüber, in sich selbst wieder mannigfach gespalten; eine dritte, von beiden abweichende Meinung, welche Keller 1858 veröffentlichte (Bekker's und Muther's Jahrb. Bd. 2 S. 212 ff.), hat, wie es scheint, bis jetzt nur einen einzigen Anhänger (Kindervater daselbst Bd. 6 S. 126 ff.) gefunden.

Indem ich eine abermalige specielle Erörterung unternehme, kann ich ohne Weiteres davon ausgehen, daß es sich überhaupt nur um die Verpfändung einer erst zum Zweck des Pfandes seitens des Grundbesitzers neu zu begründenden Servitut handelt. Die Annahme, daß schon bestehende Gerechtigkeiten seitens des Servitutberechtigten gleichfalls zum Pfande benutzt werden dürften, die seit der Glosse bis hin und wieder in der neuesten Zeit wenn auch von bedeutenden Schriftstellern wiederholt worden ist, hat in den Quellenstellen keine unmittelbare Unterstützung und scheitert, wie man sich auch im Einzelnen die Sache

vorstellen mag, unter allen Umständen an dem Satze, daß Grundgerechtigkeiten unveräußerlich sind und nicht einmal der Ausübung nach übertragen werden können. Allerdings, wer auch in dem ersten allein in Betracht kommenden Fall juristische Anomalien und vielleicht selbst eine Ausnahme von jenem Dogma statuiren zu müssen glaubt, hat kaum das Recht, sich desselben als Waffe gegen jene Ansicht zu bedienen.

Es erscheint ferner für die Untersuchung rathsam, einstweilen die l. 11 §. 3 cit. und die Verpfändung der städtischen Servituten dahin gestellt sein zu lassen und zunächst nur die l. 12 und die darin genannten vier servitutes praediorum rusticorum zu berücksichtigen.

Dabei müssen wir daran festhalten, daß die l. 12 die einzige Stelle ist, welche von diesem Fall des Pfands handelt, und daß a priori ersonnene Möglichkeiten neben ihr keine Beachtung verdienen, sondern eine andere Weise der Verpfändung, als die in ihr angegebene, vielleicht Rechtens sein könnte, aber jedenfalls nicht wirklich Rechtens ist. Bei der Künstlichkeit des Gedankens, ein derartiges Recht als Pfand zu benutzen, der nur in einer Zeit höchst ausgebildeten Verkehrs und Rechts aufkommen konnte (Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 497. Anm. 16), erscheint selbst die Vermuthung müßig, daß in älterer Zeit ein anderer Weg, etwa durch fiducia, möglich gewesen sei (z. B. Elvers, Servitutenlehre S. 322 ff.). Wir wissen übrigens auch so wenig von der fiducia, daß wir ohne die Gefahr des schwersten Irrthums nicht über die für sie unmittelbar bezeugten Anwendungsfälle hinausgehen und schließen dürfen, sie sei außer bei Uebertragung schon bestehender auch bei Constituirung neuer Rechte benutzt worden, um nach einer gewissen Zeit oder bei einem gewissen Erfolge deren Wiederaufhebung herbeizuführen. Jedenfalls spricht l. 12 nach ihrem Wortlaut nicht von fiducia, und eine Spur der Hand der Compilatoren ist darin nicht wahrzunehmen.

Ueber den Inhalt der Stelle selbst war die früher gangbare Lehre die, daß der Grundbesitzer dem in der Nachbarschaft angesessenen Gläubiger pfandeshalber die Servitut zu constituiren habe dergestalt, daß sie ihm gehöre und von ihm bis

zur Bezahlung ausgeübt werde, und daß der Gläubiger nach Verfall der Schuld befugt sei, die Gerechtigkeit einem andern Nachbar zu verkaufen. So auch noch Gesterding und Hepp; des letztern besondere Behauptung (in diesem Archiv Band 15 S. 83 ff.), daß vor der pfandweisen Einräumung der Schuldner die Servitut erst besonders constituiren müsse, enthält nur eine unnütze und prima facie unhaltbare Complication. Seit Büchel (über jura in re und deren Verpfändung. 1834. S. 74 ff.) pflegt man dagegen dem Gläubiger einstweilen nur quasi possessio der Servitut und sodann die Befugniß zu geben, sie einem Nachbar verkaufsweise zu constituiren, wobei regelmäßig (Widerspruch findet sich bei Zachariä, über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. 1844. S. 33 ff. und Schmid in der Zeitschr. f. Civilr. und Proceß N. F. Bd. 5) der interimistische Besitz, der das Verhältniß zum pignus machen soll, nur als zufällige Möglichkeit und das Bestellungsrecht als die Hauptsache erscheint, die auch allein bestehen kann, so daß dann hypotheca vorliegen würde. Doch ist, außer vielleicht auch Puchta (Pand. §. 178), Dernburg (Pfandr. Bd. 1 S. 493 ff.) im Wesentlichen bei der älteren Auffassung stehen geblieben.

Diese aber hat wenigstens in ihrer ursprünglichen Gestalt ganz ebenso wie die Verpfändbarkeit schon bestehender Servituten den Grundsatz der Unveräußerlichkeit der jura praediorum gegen sich. Mit dem einfachen Auskunftsmittel, ihn hier propter utilitatem contrahentium cessiren zu lassen, ist natürlich wenig geholfen und noch weniger damit, daß man, um keine Ausnahme zu statuiren, bald die ganze Regel über Bord wirft (Buchholtz, Versuche, S. 159 ff.). Auch die Dernburg'sche Modification dürfte nicht befriedigen, wonach die dem Käufer bestellte Servitut wirklich eine neue, von der bis dahin dem verkaufenden Gläubiger zugestandenen verschiedene sein soll. Dernburg will die sogleich zu besprechende neuere Ansicht vermeiden; aber er stellt nur die Zeit bis zum Verkauf juristisch möglicher dar, und bei diesem kehrt gerade das, was er an jener tadelt, auf einem Umwege zurück, vielleicht sogar noch in schlimmerer Gestalt, da „das was verpfändet ist, nicht

verkauft werden dürfte, während etwas, was nicht verpfändet wäre, zum Verkauf gebracht werden soll" (Vangerow, Pand. Bd. 1 S. 807 der 7. Aufl.).

Die sich an Büchel anschließenden Theorien haben einen ersten Fehler darin, daß die einstweilen dem Gläubiger gewährte quasi possessio, die doch offenbar als eine Art von Antichrese gedacht werden muß, an sich selbst ihm trotz der Interdicte gar keine besondere Sicherheit oder gewissen Nutzen zu gewähren vermag. Auf die Negatoria des Singularerwerbers des praedium serviens müßte er unvermeidlich die Ausübung einstellen, und die Aussicht auf die pignoraticia contraria (z. B. Elvers, Servitutenlehre, S. 326), die doch nur auf das Interesse geht (Dernburg, S. 166 ff.), kann dem kein beruhigendes Gefühl gewähren, der ein Pfand haben will, weil er dem Schuldner persönlich nicht traut.

Aber so precär soll das pignus nach den Meisten höchstens in älterer Zeit gewesen sein. Seitdem das Pfandrecht ein dingliches Recht geworden, soll auch in unserm Fall der Gläubiger eine dingliche Klage zur Wiedererlangung der quasi possessio erhalten haben. Büchel (S. 78) charakterisirt dieselbe als utilis confessoria (so auch Sintenis, Civilr. Bd. 1 §. 70 S. 617 der 2. Aufl. u. Sohm, Lehre vom subpignus S. 27), obgleich die vindicirte Servitut noch nicht besteht, Vangerow (S. 808) als einfache dem Fall angepaßte hypothecaria, obgleich das Anpassen in völligem Umkehren bestehen müßte; denn wo bleibt das in bonis des Verpfänders an der Pfandsache, der Besitz des Beklagten? Lang (Archiv Bd. 29 S. 341) läßt sogar die gewöhnliche hypothecaria genügen, da nach ihm das ganze praedium im Pfandnexus steht, und der einzige Unterschied vom gewöhnlichen Sachpfand nur der ist, daß der Gläubiger schließlich nicht das ganze Grundstück verkaufen, sondern nur eine Servitut daraus ausscheiden darf.[1]) Elvers will Büchel corrigiren, fingirt also die Existenz der noch nicht bestehenden Servitut und gestattet, da letztere durch diese Fiction

1) Darauf kommt wohl auch die Ansicht von Windscheid, Pand. Bd. 1 §. 227 bes. Anm. 11 hinaus.

aus dem Eigenthum ausgeschieden ist, dem Gläubiger eine utilis negatoria, welchen Weg, wie er sagt, vor ihm noch Niemand einzuschlagen versucht hat (S. 339); Cohnfeldt (irreguläre Servituten. 1862. S. 95. Anm. 118) folgt ihm aber in der Charakterisirung der dinglichen Klage des Gläubigers, nur daß die Ausscheidung der Befugnisse, wenn auch nicht als formelle Servitut, nicht durch Fiction, sondern schon durch die Verpfändung geschehen sein soll.

Elvers (S. 340) und Lang (S. 337) lassen übrigens diese Klage gar nicht auf Einräumung des Besitzes, sondern nur auf Anerkennung des Rechts zur Constituirung der Servitut gehen, indem sie für die Vornahme der letztern Besitz nicht für nöthig erachten; wozu aber dann diese bloße Anerkennungsklage nöthig sein soll, unterlassen sie anzugeben.

Auch mit dem Verkauf selbst steht es nach den neueren Ansichten höchst bedenklich.

Am schlimmsten freilich dann, wenn man mit Rudorff (Richter's und Schneider's krit. Jahrb. Bd. 15 S. 323, 325) und Cohnfeldt (irreguläre Serv. S. 94) auch dem Erwerber nur jene quasi possessio an den aus dem Eigenthum ausgeschiedenen Befugnissen gewährt. Die Consequenz davon spricht Cohnfeldt deutlich aus: es bleibe Gegenstand der Verpfändung immer die servitus materialis (im Gegensatz zur formalis), so daß also eine neue species von dauernden Rechten zu Tage kommt, abgelöste Stücke des Eigenthums, die nicht einmal Servituten sind. Wie es mit dem Schutz des Käufers stehen soll, erfahren wir nicht genau; es scheint fast, als sollte er nur die actio emti gegen den Gläubiger haben.

Die Mehrzahl faßt aber, wie schon bemerkt, mit Büchel die Veräußerung vielmehr als Neuconstituirung einer wirklichen Servitut. Dabei geben Manche zu, daß diese neue Gerechtigkeit eine durchaus andere sei als die bisher geübte (Elvers S. 328); man kann ihnen dann außer dem Wortlaut der Stelle dasselbe erwidern, was Vangerow gegen Dernburg bemerkt. Will man an der Identität beider festhalten, so ist dann wieder jener Grundsatz von der Unübertragbarkeit der Servituten nur formell (Büchel S. 81: „wenigstens dem Recht nach") ge-

wahrt, materiell aber gerade so gut wie nach der ältern Theorie verletzt (Keller S. 213), da die bisher von dem Einen für sein Grundstück als dessen Qualität benutzte Servitut von diesem getrennt, einem Andern für seinen Fundus verschafft und eine Eigenschaft dieses neuen praedium dominans werden soll. Erklärt man mit Sohm (subpignus S. 32 ff.) die in der Servitut enthaltenen Befugnisse seien bis zum Verkauf noch nicht an ein bestimmtes Grundstück gebunden, noch nicht bestimmten Bedürfnissen dienstbar gemacht, sondern bestünden nur als Ausfluß des Pfandrechts und schlössen sich formell erst beim Käufer zu einer Servitut zusammen, so mag man billig fragen, welche Grenze bis dahin diese Befugnisse und welche Bedeutung das Erforderniß eines praedium vicinum seitens des Gläubigers habe (für das uti hält auch Sohm daran fest), wenn nicht die, daß jene Befugnisse an dasselbe gebunden sein und dessen Bedürfnissen dienen sollen. Sie bleiben immer nothwendig Servitutsinhalt, der jetzt im Wege Rechtens auf ein anderes Grundstück übertragen werden soll, obgleich das mit dem Wesen der Servitut unvereinbar ist.

Diese Schwierigkeiten stehen allerdings dann nicht im Wege, wenn man auch Verpfändung zu bloßer Hypothek zuläßt und zwar so, daß sie dem Gläubiger nur Verkaufs- und Constituirungsrecht, kein jus possidendi geben, vorgängiger Besitz auch nicht einmal zum Zweck des Verkaufs erforderlich sein soll, wobei dann natürlich auch das praedium vicinum entbehrlich wird (so schon Hepp, Arch. Bd. 13 S. 349, und [abweichend von Büchel, und Sintenis, Civilr. Bd. 1 S. 617, die an dieser Voraussetzung festhalten], v. d. Pfordten, daselbst Bd. 22 S. 26 ff., Lang, daselbst Bd. 29 S. 337, 343, Elvers S. 340 ff., Vangerow S. 809, Brinz, Pand. Bd. 1 S. 322, auch selbst Cohnfeldt S. 95). Um so größer wird aber die Singularität des Constituirungsrechts des Gläubigers. Man geht darüber meist leicht hinweg, nachdem man es im Anschluß an Büchel als allgemeine Folge der durch petitio principii für möglich erklärten eigentlichen Verpfändung aller jura in re construirt hat. Es mag dahin gestellt bleiben, ob sie für den ususfructus wenigstens nachweisbar ist (vgl. Dern-

burg, Pfandr. Bd. 1 S. 490ff.); bei usus, emphyteusis, superficies, wo ihre Anwendung keinem Bedenken unterliegen, kein Zweifel dagegen obwalten soll (Lang S. 351, Vangerow S. 811, Arndts, Pand. §. 367. Anm. 2 S. 584 der 5. Aufl.), ist sie sicherlich nicht bezeugt. Für die Prädialservituten könnte sie nur aus unserer l. 12 entnommen werden. Wäre es auch möglich, sie aus deren Worten herauszulesen, obgleich das darin gebrauchte vendere zunächst nur auf das obligatorische Geschäft deutet, in dessen Erfüllung erst die Bestellung zu geschehen hätte, so müßte doch vor allzubereiter Annahme der Umstand warnen, daß das einzige sonstige Beispiel, der ususfructus, vorausgesetzt, bei ihm wäre sie wirklich begründet, hier keine sichere Analogie darbietet. Den Nießbrauch zeigen die römischen Juristen sich gelegentlich geneigt als eine pars dominii zu behandeln, die für Andere an meiner Sache denkbaren Servituten nie. Der Nießbrauch ist ein Recht, dessen Inhalt und Umfang durch seinen Begriff unmittelbar und feststehend gegeben ist, während dieselben bei Grundgerechtigkeiten nie abstract präcisirt werden können, sondern stets nur im concreten Fall durch die Bestellung für ein gewisses Grundstück festgestellt werden: selbst die Servitut eines Wegs in bestimmter Richtung hat einen wesentlich andern Charakter, je nachdem ein kleines oder ein großes Grundstück dazu berechtigt ist. Wird aber nicht einmal diese Richtung durch die vorgängige Ausübung des Gläubigers bestimmt, so ist gar nicht mehr von Verpfändung einer Servitut zu sprechen, sondern der Eigenthümer hat dem Gläubiger sein Recht, irgend welche Servitut zu bestellen, abgetreten, und ich möchte nicht glauben, daß dann noch von Vergleichung, geschweige denn von Identificirung mit der Hypothek die Rede sein kann. Will man die zu bestellende Servitut „gleichsam als ein Stück des Eigenthums" verkaufen lassen (Arndts a. a. O.), so darf eben der Gläubiger ein Stück verkaufen, dessen Bestimmung und Begrenzung in seiner freien Willkür liegt.

Nun kommt hinzu, daß die Resultate der ältern, wie der neuern Ansichten völlig nutzlos und ohne allen practischen Werth sind, obgleich die utilitas contrahentium in der l. 12 aus-

drücklich hervorgehoben wird und auch immer als Entschuldigungsgrund für die verschiedenen Anomalien und Singularitäten dienen muß, deren Existenz man doch nicht ableugnen kann. Ich will nicht wiederholen, ein wie ungewöhnliches Zusammentreffen es sein muß, wenn dieselbe Wegegerechtigkeit heut mir und morgen einem andern Nachbar wünschens- und geldwerth sein soll (Keller S. 214): die übliche Entschuldigung, gerade bei Wege- und Wasserservituten sei eine gewisse Unbestimmtheit möglich, und es liege im Belieben des Berechtigten, in welcher Richtung er sie ausüben wolle, ist freilich nicht stichhaltig [2]); aber es kann doch jedenfalls vorkommen, daß einmal wirklich mehrere Grundbesitzer dieselbe via oder dergl. brauchen können (vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 495, Cohnfeldt, irreguläre Servituten S. 92). Jenes Zusammentreffen ist sogar ganz entbehrlich, wenn man die Identität nicht bloß des Rechts, sondern auch des Inhalts zwischen den Servituten vor und nach dem Verkauf fallen läßt oder reine Hypo-

---

2) Denn wenn eine Wege- oder Wasserleitungsservitut ohne Vorausbestimmung der Richtung bestellt ist, liegt deren Wahl allerdings in der Willkür des Berechtigten (l. 21, 22 D. de serv. pr. rust. 8, 3); aber die zuerst gewählte oder richterlich festgestellte Richtung bleibt für immer maßgebend (l. 13 §. 1, 3 D. eod. l. 9 D. de servitut. 8, 1); diese Festsetzung ist sogar so wesentlich, daß das Legat einer unbestimmten Servitut nicht unmittelbar das Recht derselben gibt, sondern letzteres erst durch besondern Bestellungsact der Erben unter Festsetzung des Wegzugs begründet werden muß (l. 26, 28 D. de s. p. r. 8, 3; vgl wegen l. 26 Bangerow Bd 1 S. 720), so daß wir daraus auch für die Einräumung inter vivos schließen dürfen, es gelte erst von der Fixirung ab die Servitut für wirklich constituirt (vgl. Böcking, Pand. Bd. 2 S. 210) Eine Aenderung ist nur dann zulässig, wenn sie ausdrücklich vorbehalten (l. 6 §. 1 D. quem-adm. serv. 8, 6 verb. ceterum si ita constitutum est jus viae, ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat, idque vel subinde mutare nihil prohibet) oder ausdrücklich ein ganzer locus ex fundo für die Servitut angewiesen ist (l. 8 §. 3 D. de s. p. r. 8, 3). Aber auch in solchen Fällen bleibt die wichtigste Schranke: der Berechtigte kann zwar in jeder beliebigen Richtung über das praedium serviens, aber immer nur von oder zu irgend einem Punkte des bestimmten praedium dominans gehen, da sonst doch die Ausübung nicht zu Gunsten des letztern stattfinden würde.

thek statuirt. Es bleibt aber die Hauptfrage überall die gleiche: wird irgend jemand Geld leihen, wenn er als einzige Sicherheit die unbestimmte Exspectanz darauf erhält, ob ein Nachbar seines Schuldners sich künftig einmal bereit zeigen werde, für eine Servitut an dessen Grundstück Geld zu geben (Kindervater S. 129)? Wie soll er namentlich diese hypothetische Sicherheit taxiren um zu ermitteln, wieviel er ohne Gefahr darauf creditiren könne? Es läßt sich mit Bestimmtheit behaupten, daß im wirklichen Leben nicht bloß nur in äußerst wenigen Fällen, wie Keller sagt, sondern geradezu niemals dies aus der l. 12 herausgelesene Geschäft vorkommen kann.

Mit ebensolcher Bestimmtheit darf man aber behaupten, daß alle diese Schwierigkeiten künstlich geschaffen sind. Die neuere Auffassung leidet an dem Grundfehler des Bestrebens, hier ein in der Luft schwebendes Pfandrecht von überall gleicher Natur, eigentliches pignus, eigentliche Hypothek oder wenigstens ein ihnen möglichst analoges Verhältniß nachzuweisen, wobei man, um die geforderte allgemeine Anwendbarkeit gerade dieser Begriffe zu retten, alle andern juristischen Grundsätze mehr oder weniger auf den Kopf stellen zu dürfen glaubt, statt sich zunächst an den Wortlaut der Stelle selbst zu halten, den Sinn unbefangen zu ermitteln und die Weise, wie danach die pigneratio der Servitut sich darstellt, demnächst mit dem gewöhnlichen Pfandrecht zu vergleichen und daraus den gemeinschaftlichen Begriff zu entnehmen. Es gibt in der That kaum eine Partie unserer Literatur, welche den Vorwurf scholastischen Wesens wirklich so verdiente, wie gerade die umständlichsten Erörterungen über die l. 12 von und nach Büchel. Die ältere communis opinio hängt dagegen wieder zu einseitig fest an der einen, vielleicht wohl zunächst sich darbietenden Erklärung der Worte, statt zu prüfen, ob nicht noch eine zweite denkbar ist, welche jede Anomalie verschwinden läßt und sogar ein wirklich practisch brauchbares Ergebniß gewährt.

L. 12 lautet denn aber nach der Florentina:

Paul. libro LXVIII ad Edictum: Sed an viae itineris actus aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut talis pactio

fiat, ut quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat, quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Die Vulgata weicht nur insofern ab, als sie das zweite ut vor quamdiu wegläßt. Haloander schaltet aber noch überdies zwischen ut und talis pactio ein si ein, so daß die Stelle aufzufassen sein würde: es frage sich, ob einem Pfandvertrage über eine Servitut nicht wenigstens soweit Wirksamkeit verschafft werden könne, daß man im Fall einer solchen pactio dem Gläubiger die Befugniß gebe u. s. w. Nach der Florentina und Vulgata — welche letztere die Worte hinter pactio fiat talis: quamdiu pecunia u. s. w. unmittelbarer als Formularworte erscheinen läßt, während es nach der Florentina deutlicher hervortritt, daß sie nur ein kurzer Extract sind, — ist der Sinn dagegen der: es frage sich, ob nicht doch eine pignoris conventio an einer Servitut möglich sei, etwa so, daß die Parteien eine pactio dahin treffen, der Gläubiger solle u. s. w. Damit stimmt auch die entsprechende Stelle der Basiliken 25, 2, 12 überein:

δυνατὸν δὲ συμφωνεῖν ἔχειν με κατὰ τοῦ ἀγρογείτονος ὁδὸν στενὴν καὶ πλατεῖαν καὶ ὑδραγώγιον, ἕως οὗ το χρέος καταβληθῇ μοι καὶ ἐὰν μὴ καταβληθῇ ἐμπροσθέσμως, ἐξεῖναί μοι ταῦτα πιπράσκειν.

In der Sache selbst führt übrigens die offenbar willkürlich gemachte Haloandrische Version nicht zu andern Resultaten.

Das erste, was wir aus der Stelle bestimmt entnehmen können, ist die Ansicht der römischen Juristen, daß auf die genannten Prädialservituten eigentliches Pfandrecht gewöhnlicher Art nicht anwendbar ist. Es wird überhaupt nicht gefragt, ob pignus oder hypotheca stattfinden, sondern nur, ob eine pignoris conventio, eine Verpfändung gedacht werden könne, also ob es möglich sei, Servituten für die Sicherung einer Forderung zu verwenden, und auch in der Antwort wird nicht auf jene beiden bestimmt charakterisirten Formen verwiesen, sondern von Pomponius etwas unsicher proponirt, von Paulus als

richtig bezeichnet, daß jene Absicht wenigstens auf dem Umwege einer pactio gewissen besondern Inhalts erreicht werden könne.

Diese pactio bildet ferner nach der Ansicht des Pomponius sichtlich ein untrennbares Ganzes; nur beide Sätze derselben zusammen, keiner einzeln für sich, erreichen den vorgesetzten Zweck, und beide sind für ihn gleich wesentlich. Wäre eine pignoris conventio auch möglich durch den zweiten Theil der pactio allein, so hätte der Jurist sich durchaus anders ausdrücken und in der Antwort auf die vorangestellte Frage diesen zweiten einfachern Weg besonders hervorheben müssen.

Durch die offenbar nothwendige Zusammengehörigkeit beider Sätze erledigt sich außer der beliebten Unterscheidung von pignus und hypotheca auch die Ansicht von Keller (S. 214 ff.), wonach die Stelle nicht ein einheitliches Geschäft, sondern zwei alternative Geschäftsfiguren enthalten soll, die freilich ohne alles Bedenken auch cumulirt werden könnten. Er selbst gibt zu, daß es dann mit den Verbindungspartikeln „etwas holperig" bestellt sei, entschuldigt es aber damit, daß sich ja darin kleine Abweichungen der Lesart zeigten: allein gerade hinsichtlich des die beiden Sätze der pactio verbindenden et gibt es keine Abweichungen. Auch sind seine Vorschläge im Uebrigen nicht der Art, daß wir mit Kindervater (Jahrb. Bd. 6 S. 130) über das Bedenken hinwegsehen und umgekehrt wie Justinian in l. 4 C. de verb. sign. 6, 38 et in aut verwandeln möchten. Die erste Alternative Keller's ist dieselbe Gestattung der quasi possessio bis zur Bezahlung und zwar ohne dingliche Klage, deren Nutzlosigkeit schon oben bemerkt wurde. Die zweite soll darin bestehen, daß der Schuldner dem Gläubiger, der benachbarten Grundbesitz hat, um festen Preis, um die Schuldsumme oder numo uno, die Servitut auf den Fall verkauft, daß die Schuld nicht zu rechter Zeit bezahlt werden würde. Die dafür geltendgemachte Analogie der l. ult. pr D. de contr. emt. 18, 1 und l. 16 §. 9 D. de pignor. paßt nicht; der Verkauf um die Schuld oder numo uno fiele gewiß unter das Verbot der lex commissoria.[3]) Ut vendere eas vicino

3) L. 81 pr. D. de C. E. 18, 1 spricht von einem bedingten Verkauf der Pfandstücke an den Bürgen um die Schuldsumme; l. 16 §. 9 D. de

liceat kann auch in seiner Verbindung mit ut pactio fiat talis gar nicht den ihm von Keller beigelegten Sinn haben (Cohnfeldt S. 91); um ihn herauszubringen, scheint er so construirt zu haben, daß zu ut talis pactio nur quamdiu — utatur gehört und et bis liceat selbständig von videndum est abhängt: es frage sich, müßte man die Stelle verstehen, nach der Zulässigkeit der Verpfändung entweder in der Weise, ut pactio fiat talis etc., oder auch so, daß (debitori) vendere eas vicino (creditori) liceat. Da sieht es denn freilich nicht bloß mit den Verbindungspartikeln „etwas holperig" aus.

Also nur ein Geschäft wird von Pomponius proponirt.

Die pactio ist weiter kein obligatorisches Geschäft, sondern der Vertrag zwischen Schuldner und Gläubiger, durch welchen die Servitut constituirt wird unter den weiter angegebenen Modalitäten. Die ältere Meinung hat ganz Recht darin, daß sie pfandweise Bestellung der Gerechtigkeit annimmt und bedarf bis zur Zeit der Fälligkeit nur einer genaueren Bestimmung, für die Zeit nachher freilich auch einer wesentlichen Correctur.

Daß insbesondere der Gläubiger in der ersten Periode bereits wirklich die Servitut hat, als sein Recht, folgere ich gerade aus den für das Gegentheil benutzten Worten iis servitutibus uti. Itinere via uti kommt allerdings sehr häufig vor, wo es sich lediglich um die thatsächliche Uebung eines möglichen Servitutsinhalts, um den factischen Gebrauch eines Wegs, sei es auch animo juris exercendi handelt (vgl. die Interdictsformel l. 1 pr., l. 3 §. 11 D. de itinere 43, 19, l. un. pr. D. de fonte 43, 22 und die sich daran schließenden Stellen). Aber jure und namentlich servitute uti, selbst uti schlechtweg setzt regelmäßig das Bestehen einer servitus, eines jus voraus und bedeutet Ausübung der Servitut als solcher seitens oder Namens des Berechtigten.[4]) Auch in der vorher abge-

pignor. nicht von Pfandbestellung durch bedingten Verkauf, sondern Pfandbestellung verbunden mit einem solchen, nach ihrer jetzigen Gestalt noch dazu zu dem zu ermittelnden künftigen justum pretium zur Zeit der Existenz der Bedingung.

4) L. 5, 20 D. de servit. 8, 1; l. 15, 25 D. quemadm. servit.

druckten Basiliken-Stelle ist durch ἔχειν nicht einfacher Besitz, sondern wirkliche Berechtigung angezeigt, da die griechischen Juristen die bloße Ausübung und quasi possessio der Servituten mit χρῆσθαι, νέμεσθαι wiederzugeben pflegen, während sie ἔχειν χρῆσιν oder οὖσον, ἔχειν ὁδὸν immer nur von dem Servitutberechtigten sagen (vgl. als besonders bezeichnend Bas. 50, 3, 4 und 60, 17, 9 sammt den Scholien).

Daß der Gläubiger, dem pfandeshalber eine Servitut bestellt werden soll, ein Grundstück in der Nachbarschaft des schuldnerischen Grundbesitzes haben muß, versteht sich von selbst.

Der Bestellungsvertrag nimmt aber nach unserer Lex gewisse von seinem gewöhnlichen Inhalt abweichende Bestimmungen auf, welche durch den besondern Zweck seiner Errichtung erfordert werden.

Der Gläubiger soll die Servitut nur pfandeshalber haben, also durch das ihm eingeräumte Recht keine größeren materiellen Vortheile genießen, als sonst das Sachenpfand gewährt, so daß er sich gewissen Einschränkungen unterwerfen muß.

1. Die Servitut gehört ihm zunächst nicht wie ein im gewöhnlichen Verkehr erworbenes Recht, sondern nur in Rücksicht auf eine bestimmte Forderung zu deren Sicherung und zur Antichrese (es ist ja wohl zu beachten, daß die Fragen über das Servitutenpfand an die von der Antichrese in l. 11 §. 1 D. h. t. angeschlossen sind); erst später kommt sie auch als Befriedigungsmittel in Betracht.

Daraus ergibt sich, daß sie, solange noch nicht in Folge des letztern Umstands eine Aenderung eingetreten ist, wieder aufhören und erlöschen muß, falls jener Zweck wegfällt und die Schuld bezahlt wird (quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur).

Sonderbar genug hat man früher statt in dem Verkauf nach dessen gewöhnlich angenommenem Sinn weit mehr in die-

---

amitt. 8, 6; l. 3 §. 4 D. de itinere 43, 19; usum esse servitute von dem, der ersessen hat: l. 5 §. 3 D. de itinere; von dem der opinione, nicht bloß animo juris ausübt: putat se suo jure uti: l. 1 §. 19 D. de aqu. quot. 43, 20.

ser Bestimmung eines Endtermins eine Unregelmäßigkeit gesehen, die besonders entschuldigt werden müsse, während gerade darin für das neuere römische Recht eine solche ganz und gar nicht liegt. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob die frühere Unmöglichkeit von Nebenbestimmungen bei Prädialservituten auf älterer Anschauung von ihrem Wesen oder auf der Natur der Bestellungsgeschäfte beruht habe. Es scheinen, um dieselben wirksam zu machen, ursprünglich Stipulationen über die Restitution beim Eintritt des dies oder der conditio benutzt worden zu sein, so daß man also eine besondere Klage auf die Wiederaufhebung erhielt (vgl. ein Beispiel noch in l. 1 D. de usu et usufr. 33, 2: sub hac cautione et qu. seq.). Vermuthlich zuerst aus solchen Stipulationen, dann aber und zwar, wie das Citat des Sabinus in l. 4 D. de servitut. 8, 1 beweist, schon sehr frühzeitig auch aus bloßen bei der Errichtung geschlossenen pacta gab der Prätor gegen die confessoria eine exceptio (l. 56 §. 4 D. de v. o. 45, 1), also auch wohl eine replicatio gegen die der Negatoria entgegengehaltene Servitut. Es erscheint unzulässig, beides, Stipulation de restituendo und Pactum über das Ende, rein nach den Grundsätzen des Obligationenrechts zu behandeln [5]), so daß also der Besteller gegen den Singularsuccessor des Erwerbers und der Singularsuccessor des Bestellers auch gegen den Erwerber selbst schutzlos sein würde. Nirgends findet sich eine — doch gewiß unentbehrliche — Andeutung dieser behaupteten Beschränkung ihrer Wirksamkeit. Es sind vielmehr pacta in rem nach beiden Seiten, geradeso wie auch dem Begründungsvertrage trotz der ihm mit dem obligatorischen Vertrage gemeinsamen äußern Erscheinung, weil er sich im Inhalt von diesem unterscheidet, so zu sagen dingliche Kraft beigelegt ist. [6]) Ob überhaupt für das Justinianeische Recht noch Ursache ist, in solchen Fällen, wo die

5) Z B. Sintenis, Civilr. Bd. 1 § 64. Anm 16. S. 584 der 2. Aufl. Dagegen Elvers, Serv. S. 161.

6) Es wird also in unserm Fall nach Tilgung der Schuld auch der Singularerwerber des praedium serviens die Beendigung der Servitut geltend machen können.

Bezeichnung, ein Aufhebungsgrund wirke nur ope exceptionis, nicht auf dessen besonderer Natur, sondern nur auf seinem Ursprung aus dem prätorischen Recht beruht, diese Bezeichnung beizubehalten, wie es bei uns zu geschehen pflegt, kann hier dahin gestellt bleiben. Genug daß solche nach der üblich gebliebenen Ausdrucksweise ope exceptionis wirkende Befristungen, also auch unsere Clausel quamdiu pecunia soluta non sit, durchaus nicht mehr als Irregularität bezeichnet werden können.

2. Diese Einschränkung des Servitutrechts darf jedoch nicht die einzige sein. Die Servitut soll für jetzt nicht eine dauernde Verbesserung des praedium dominans bewirken, sondern nur zu Gunsten des Gläubigers, zu dessen Sicherung und Antichrese dienen. Sie muß also auch dann erlöschen, wenn das Grundstück von ihm veräußert wird. Sie kann nicht auf den Singularsuccessor des Gläubigers übergehen, da dieser nicht auch in die Forderung succedirt und also für ihn der Zweck wegfällt, für den allein die Servitut bestimmt ist; noch kann sie etwa als Personalservitut für den Gläubiger fortbestehen, da nicht eine solche, sondern eine Prädialservitut von den Parteien intendirt wird. Diese Clausel ist in den Worten der pactio enthalten ut .. iis servitutibus creditor utatur scilicet si vicinum fundum habeat. Letzterer Satz namentlich ist nicht als Bedingung der Bestellung, sondern des uti servitute, deren Fortbestehens gemeint: sie soll nur solange dauern, als der Gläubiger das Nachbargut besitzt. Daß die Constituirung ein praedium vicinum erheischt, versteht sich, wie schon oben bemerkt, ganz von selbst und bedurfte keiner Hervorhebung, die übrigens auch nicht so mitten in der Angabe des Inhalts der pactio geschehen konnte, sondern bei ut pactio fiat talis (etwa: inter vicinos) hätte inserirt werden müssen.

Solche Beschränkungen der Prädialservituten, also daß sie nicht emtorem sequuntur, sondern nur bestehen, solange eine gewisse Person das praedium dominans besitzt, kommen auch anderweitig in unseren Quellen vor und sind vielfach, am ausführlichsten von Cohnfeldt (irreg. Servit. S. 55ff.) be-

sprochen.[7]) Besonders wichtig und für uns überdies doppelt interessant, weil die persönliche Schranke in ihr gleichfalls benutzt wird, um einen materiellen Zweck zu erreichen, dessen gewöhnliche juristische Einkleidung wegen der Natur des vorliegenden Gegenstandes unmöglich erscheint, ist l. 1 D. de usu et usufr. 33, 2.[8]) Von deren Fall und dem der l. 4 D. de

7) Elvers, Serv. S. 187, 198 will solche Fälle als Personalservituten angesehen wissen und zwar solche, die nur zufällige Schöpfungen des Willens der Constituenten seien. Aber sie sind in Allem und durchaus Prädialservituten; das einzige Besondere ist die Beendigungsclausel.

8) Diese Stelle, die von Manchen, z. B. Elvers, S. 224, von dem Legat einer schon bestehenden Servitut aufgefaßt wird, wobei man schließlich dahin gelangt, den Prädialservituten die Eigenschaft als Vermögensbestandtheile abzusprechen, hat vielmehr folgenden Sinn (vgl. Dernburg, Pfandr. Bd. 1 S. 491; Cohnfeldt S. 79; Windscheid, Pand. I §. 206; ob das Richtige bei Böcking, Pand. Bd. 2 S. 62 Anm. 42?; mißverstanden scheint sie bei Sohm, subpignus S. 29 ff.): Das Legat: ich vermache dem X den Nießbrauch einer Wegegerechtigkeit an meinem Grundstück, scheitert bei wörtlicher Auffassung an seiner rechtlichen Unmöglichkeit. Ein eigentlicher ususfructus zunächst ist nicht zulässig, weil dieser wie alle Servituten als Rechte, von den physischen Eigenschaften eines Dings Gebrauch zu machen, eine körperliche Sache voraussetzt (denn dies gewiß, nicht die Unveräußerlichkeit oder Untheilbarkeit [Sohm S. 30] ist die Quelle des Satzes: servitus servitutis esse non potest, der höchst sonderbarer Weise in unsern Compendien als eine Art von Parömie erscheint, welche Bedeutung er bei den Römern gewiß nie gehabt hat [A. M. Elvers S. 324]). Seit dem bekannten SCtum über das legatum ususfructus an omnia quae in bonis habemus gibt es allerdings ein nießbrauchähnliches Verhältniß auch an unkörperlichen Dingen; aber dieser quasi ususfructus setzt einen Vermögensbestandtheil voraus, und von der Befugniß des Eigenthümers auf seinem Boden zu gehen, fahren u. s. w. kann man weder sagen, sie bilde einen Theil seines Vermögens (ex bonis), noch auch, daß sie es nicht sei (extra bona); sie läßt sich eben juristisch nicht als etwas Besonderes vorstellen. Sieht man aber auf den wirklichen Willen des Testators, ohne sich an den gebrauchten terminus technicus zu stoßen, so ergibt sich, daß er dem Legatar für dessen Grundbesitz auf Lebenszeit die Begünstigung eines Wegs über das Nachlaß-Grundstück zuwenden wollte. Man darf deshalb das Legat dahin auffassen, daß der Erbe dem Legatar zur Gewährung des Wegs, eventuell zur Leistung des Interesse verpflichtet sein solle. Indessen würde dies doch dem Willen des Erblassers insofern nicht genügen, als aus den gebrauchten Worten ususfructus viae ersichtlich ist, daß der Testator den Legatar von dem guten

serv. pr. rust. 8, 3 (über die übrigens zu vergl. Cohnfeldt S. 55) unterscheidet sich der unserige dadurch, daß in ihm die Servitut wenigstens dem Erben in gleicher Weise wie dem ersten Gläubiger zustehen muß, also ebenfalls bis zur Bezahlung der Schuld und solange er sich im Besitz des praedium vicinum befindet.

3. Nach Verfall der Schuld muß weiter die zum Pfand bestimmte Servitut auch die Befriedigung des Gläubigers vermitteln, wenn anders der Pfandzweck vollständig durch sie erreicht werden soll. Er muß sich also durch oder für dieselbe Geld verschaffen können. Regelmäßig geschieht dies durch Verkauf des Pfandobjects, der ihm auch hier durch die Clausel der pactio: si intra diem pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat, gewährt wird.

Ein Verkauf bestehender Realservituten ist aber juristisch nicht einzeln für sich, sondern nur und allein in der Weise möglich, daß sie zusammen mit dem herrschenden Grundstück veräußert werden und als dessen accessio emtorem sequuntur. Ihr Bestehen erhöht natürlich, wenn sie andernfalls wirklich von Werth für das Grundstück sind, den Kaufpreis, so daß auch ein Regreßanspruch auf dessen Minderung gegeben wird, wenn die versprochenen Servituten dem Käufer nicht gewährt werden.[9]) Es läßt sich also das pretium in das für das Grund-

---

Willen des Erben und von einem etwaigen Besitzwechsel am Nachlaßgrundstück unabhängig machen und ihm den Naturalgenuß der Vergünstigung ebenso sichern wollte, wie einem wirklich Servitutberechtigten. Dies kann nur dadurch erreicht werden, daß der Erbe ihm die Prädialservitut selbst einräumt, während die Schranken, die andererseits der Erblasser dem Legat ziehen wollte, durch die der Bestellung zugefügte Clausel realisirt werden, daß die Gerechtigkeit aufhören soll, wenn der Legatar sein Grundstück veräußert, stirbt oder capitis diminutio erleidet. Sintenis, Civilr. Bd. 1 § 61 Anm 6 der 2. Auflage meint von dieser l. 1 unrichtig, es handle sich in ihr darum, eine Prädialservitut zu einer persönlichen zu machen, während er §. 58 Anm. 2 bei Nr. 1 sonst solche Fälle ganz richtig als gewöhnliche Prädialservituten charakterisirt.

9) Ist vielleicht die vielbesprochene l. 15 §. 1 D. de evict. 21, 2 mit der Conjectur von Cujacius: servitus statt servus von einem solchen Fall zu verstehen?

stück und das für die Servitut zerlegen, und das Geschäft selbst als Combination zweier Käufe auffassen, erstens des Prädiums und zweitens der Gerechtigkeit, wie dies auch wirklich in l. 6 §. 6 D. de act. emti 19, 1 geschieht. Natürlich kann auch der Verkäufer, falls er ein Interesse dabei hat, von vorneherein den Kaufpreis in dieser Weise gesondert verabreden, so daß über den auf die Servitut fallenden Betrag kein Zweifel möglich ist.

Nichts Anderes als ein Verkauf in dieser Weise ist in jenen Worten der pactio vorgesehen. Mit der Fälligkeit der Schuld erlischt die bisher die Servitut beschränkende Clausel, daß sie emtorem non sequitur. Findet der Gläubiger, der einstweilen und bis auf Weiteres sich mit dem in der Ausübung der Servitut liegenden Aequivalent für die Entbehrung seines Capitals begnügen muß, Gelegenheit sein Grundstück zu verkaufen, so überträgt er jetzt mit dessen Eigenthum auch das Servitutrecht auf den Käufer, während es bisher an seinen Besitz geknüpft war, so daß er durch die Veräußerung des fundus sein Pfand aufgab. Der Mehrerlös, den er wegen des Bestehens der Servitut erzielt, ist der Pfanderlös, den er auf die Schuld abzurechnen hat. Es versteht sich nach bewirktem Verkauf von selbst, daß jetzt auch vollständige Befriedigung des Gläubigers die Servitut nicht mehr aufhebt; sie wird durch die Veräußerung in der Hand des Erwerbers auch von dieser Schranke befreit, wird nun gewisser Maßen erst definitiv und erlischt von jetzt ab nur noch nach den allgemeinen von jura praediorum geltenden Grundsätzen.

Zu einer andern als dieser durchaus natürlichen und einfachen Auffassung des vendere ist man ersichtlich nur durch das vicino veranlaßt worden: aber man hat dazu zu ergänzen creditori, wie auch Keller thut, nur daß dieser vicino creditori zu vendere zieht, während es zu liceat gehört.[10]) „Der Nachbar" — der nämlich, dem ich die Servitut bestellt habe,

10) Vielleicht ist ein ähnliches Verständniß schon angedeutet in der Glosse, welche zu scilicet si vicinum fundum habeat bemerkt: sive aliquis vicinus. Vel dic: habeat creditor: quod si est alicujus vicini ut subjicit. Vel dic: quod sit creditoris et vendidit vicino fundum una cum servitute.

darf sie jetzt verkaufen. In den Basiliken findet sich kein entsprechendes Wort, so daß sie die hier vertheidigte Auffassung unterstützen; denn wäre die Verkaufserlaubniß in der bisher gangbaren Weise zu verstehen, so dürfte eine die Auswahl des Käufers auf den Kreis der Nachbarn begrenzende Bestimmung nicht fehlen; nur bei der von mir gegebenen Erklärung kann sie ohne besondern Schaden entbehrt werden.[11]) Für ganz überflüssig darf man aber das vicino gerade bei recht sorgfältiger Formulirung des Vertrags (und wir haben es hier mit einem möglichst präcisen Auszug aus den Stipulationsworten zu thun) in der That nicht erklären. Es wird damit die Bedingung, die für das Fortbestehen der Servitut aufgestellt wurde, für den Verkauf wiederholt: der Gläubiger muß auch jetzt noch, zur Zeit des Verfalls, das praedium vicinum besitzen. Hat er es schon vorher veräußert, so ist die Servitut bereits erloschen und soll jetzt bei Verfall zum Zweck nachträglicher Uebertragung an den jetzigen Besitzer nicht etwa wiederaufleben. Einen deutlichen Beweis der Nothwendigkeit des Worts könnte man darin finden, daß wirklich die neueren Schriftsteller den dem uti beigefügten Satz: scilicet si praedium vicinum habeat nicht auch auf das vendere bezogen haben und allein dadurch zu der Annahme gekommen sind, daß die von ihnen ausgesonnene Hypothek benachbarten Grundbesitz des Gläubigers nicht voraussetze.

Fassen wir die l. 12 in dieser Weise auf — und daß sie so aufgefaßt werden kann, ist gewiß nicht zu leugnen — so bietet sie freilich keinen Anhalt für die Construction eines Pfandrechts, welches in wesentlich gleicher Beschaffenheit an Rechten wie an Sachen stattfinden soll[12]), sondern hilft beweisen, daß die pignoris conventio oder pigneratio, die nach l. 9 §. 1

11) Es ist also nicht richtig, wenn von den Basiliken gesagt wird (auch z. B. von Keller S. 217), daß sie mit der ältern gemeinen Meinung übereinstimmen.

12) Ich würde es daher auch für durchaus unrecht halten, wenn man etwa die bei Sachpfand vorgeschriebene Wartefrist oder die Denunciation hier anwenden wollte; von Anderm kann ohnehin kaum die Rede sein.

D. de pignor. an Allem, was verwerthbar ist, möglich ist, je nach der Natur des Gegenstands, der als Pfand dienen soll, einen verschiedenen Charakter annehmen muß, und daß die Rechtsform, in welcher der materielle Zweck der Verpfändung erreicht wird, nicht nothwendig pignus oder hypotheca zu sein braucht. Sie enthält aber dafür — und dies ist an sich schon ihr bester Beweisgrund — nicht die geringste Irregularität oder Anomalie, keinerlei Abweichung von der feststehenden Theorie der Servituten: der Zweck, dem Gläubiger durch die via u. s. w. Sicherung und Befriedigung für seine Forderung zu verschaffen, wird durch der Constituirung beigefügte Verabredungen erreicht, welche der Natur dieser Rechte nicht widerstreben, sondern auch zu andern Zwecken bei ihnen sehr wohl denkbar sind und wirklich vorkommen. Man hat meist in den Schlußworten der Stelle selbst: quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est eine Hindeutung darauf sehen wollen, daß im Interesse des Verkehrs hier irgend etwas Ausnahmsweises gestattet werde (z. B. Cohnfeldt S. 96); der Zusammenhang ist aber vielmehr der: eine directe Verpfändung ist nicht möglich; Pomponius schlägt die Benutzung des eben erörterten Umwegs vor, und Paulus referirt dies billigend mit dem Bemerken, daß dadurch allerdings das bestehende practische Bedürfniß, Servituten als Pfand benützen zu können, befriedigt werde.

Unsere Erklärung der Worte des Pomponius gibt endlich in der That ein Resultat, welches nicht allein der juristischen Consequenz genügt, sondern auch practisch brauchbar genannt werden darf. Dem Gläubiger wird nicht mehr die gänzlich unbestimmbare Hoffnung auf das künftige Bedürfniß eines andern Grundnachbars dargeboten; sondern er ist in der Lage, in der Wertherhöhung, die sein eigenes Grundstück durch die Servitut erfährt, den Preis, den er beim künftigen Verkauf dafür erlangen kann, mit derselben annähernden Genauigkeit zu ermitteln, wie man sonst die durch irgend ein Pfandstück dargebotene Sicherheit taxiren mag; er ist also auch im Stande zu beurtheilen, wieviel er darauf creditiren darf, während er zugleich in dem Genuß der Servitut ein entsprechendes Entgelt

für das geliehene Capital bis zum dereinstigen Verkauf besitzt. Man wird zugeben müssen, daß ein solches Geschäft unter Nachbarn vernünftiger Weise sehr wohl denkbar ist, falls der Eine sein Geld ganz gern für die seinem Grundstück ersprießliche Servitut hingeben, der Andere aber die definitive Belastung seines Besitzes um eines vielleicht vorübergehenden Creditbedürfnisses willen lieber, wenn möglich, noch vermeiden möchte.

In der utilitas contrahentium, welche den Pomponius zum Ausdenken jenes Vertragsformulars veranlaßt hat, liegt wohl auch der Schlüssel zur Entscheidung der weiteren an die l. 12 anknüpfenden Controversen, die wir bisher bei Seite gesetzt haben, nämlich ob außer den dort unmittelbar genannten via iter actus aquaeductus auch andere Rusticalservituten verpfändet werden können? und wie sich l. 12 zu der unmittelbar vorhergehenden l. 11 §. 3: jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt ut hypothecae sint, verhält?

Von den üblichen Ansichten über den eigentlichen Inhalt der l. 12 aus ist man zu sehr verschiedenen Antworten auf diese Fragen gelangt. Bei oberflächlicher Betrachtung scheint die Bejahung der ersten ebenso nahe zu liegen wie das wörtliche Festhalten an dem in der l. 11 §. 3 scheinbar ausgesprochenen directen Gegensatz der servitutes urbanae, so daß diese nicht in der nach l. 12 bei rusticae zulässigen Weise verpfändbar sein würden. Beides findet sich schon in der Glosse; sie bestrebt sich aber bereits, einen innern Grund für diese Differenz der beiden Servitutarten zu finden; er soll in der Rücksicht ne urbs deformetur liegen: nam ex varietate usus creditoris vel ejus cui eandem servitutem venderet creditor, vel aedificium debens servitutem vel id cui praestaretur vel id cui debetur servitus, mutaretur, propter quae aedificia fierent inutilia, quod voluerunt jura. [13]) Die einfachste Widerlegung besteht wohl in der oft angewendeten Berufung darauf, daß städtische Servituten precario gewährt werden können (l. 3,

13) Sohm, subpignus S. 33 Anm. 1 scheint diese Erklärung für eine Erfindung des von ihm citirten Schneidewein zu halten.

l. 15 §. 2 D. de precario 43, 26). Seit Duarenus (disput. annivers. 2, 13) wurde es deshalb üblich, l. 11 §. 3 auf schon constituirte, l. 12 auf erst zu begründende Servituten beider Arten zu beziehen, wobei es nur unmöglich bleibt auf plausible Weise zu erklären, weshalb erstere gerade die städtischen, letztere Stelle die ländlichen und aus diesen wieder nur iter via actus aquaeductus exemplificire. Neuerdings hat man sich wiederholt mehr oder weniger streng an den Wortlaut der Stellen binden zu müssen geglaubt, indem man die Pfandweise der l. 12 auf die vier darin einzeln genannten Gerechtigkeiten beschränkt oder wenigstens nicht über die durch sie repräsentirten jura praediorum rusticorum ausdehnt. Es will aber auch jetzt nicht gelingen, eine leibliche ratio der Unterscheidung zu entdecken; die Hinweisung Roßhirt's auf die res mancipi, die Berufung von Rudorff und Schmid auf die Beschränktheit des Interdictenschutzes, von Zachariä auf die nur bei jenen vier, von Büchel auf die nach ihm zwar bei allen ländlichen, aber nicht bei städtischen Servituten mögliche Unbestimmtheit des Inhalts, welche die Verwerthung durch einen Dritten erlauben soll, und andere Erklärungsversuche erweisen sich gleichmäßig hinfällig;[14]) am wenigsten ist gegen die Behauptung von Elvers u. A. einzuwenden, die Römer hätten sich nur für jene vier Gerechtigkeiten über die Singularität des Vorgangs hinweggesetzt, weil das practische Bedürfniß nicht weiter reichte, und wir dürften über die von ihnen gezogene Grenze nicht hinausgehen. V. d. Pfordten (Archiv Bd. 22 S. 28) und Windscheid (Pand. Bd. 1 S. 590 Anm. 10) sagen einfach: es bestehe überhaupt kein vernünftiger Grund zu verschiedener Behandlung der urbanae und rusticae; Marcian und Paulus

14) Cohnfeldt S. 88 meint: nur an Rusticalservituten sei selbständiger Besitz (das ist er nie, auch sie werden nur mit dem praedium dominans besessen; nur zu ihrem Schutz gibt es theilweise selbständige, nicht zugleich für den Besitz des Grundstücks dienende Interdicte) und folglich Besitzübertragung möglich; ohne Besitzübertragung sei kein Kauf, wo kein Kauf auch kein Pfand möglich; folglich könnten nur Rusticalservituten verpfändet werden. Wie steht es mit dem Kauf von Forderungen oder kaufweiser Bestellung von städtischen Servituten?

selbst hätten gewiß nicht zwischen ihnen unterschieden, wie jetzt äußerlich scheine; zweifelhaft sei zwar, ob nicht wenigstens die Compilatoren anders gedacht, aber man dürfe ihnen nicht unnöthig etwas Unjuristisches zu Last legen: sie concludiren also wieder für die reine Duarenische Meinung. Auch Keller dehnt die von ihm in der l. 12 gefundenen Geschäfte unbedenklich auf alle Servituten aus und vermuthet, daß das Wort urbanorum in l. 11 §. 3 erst von den Compilatoren zu Ehren des Paulus eingeschoben worden sei.

In Wahrheit sagt die l. 11 §. 3 auch in ihrer jetzigen Gestalt in Betreff der urbanae servitutes nur ganz dasselbe direct, was l. 12 für die rusticae indirect sagt, daß eigentliches pignus und eigentliche Hypothek an beiden nicht stattfindet. Andererseits ist wirklich gar kein juristischer Grund denkbar, weshalb der in l. 12 proponirte Umweg nicht auch bei allen anderen Servituten und zwar nicht bloß den durch via iter actus aquaeductus so oft repräsentirten (z. B. l. 1 D. de us. leg. 33, 2; l. 66 pr. D. de contr. emt. 18, 1) ländlichen, sondern auch den städtischen möglich sein sollte: wir würden sogar, da der ganze Vorgang nichts Anomales enthält, auch ohne das specielle Zeugniß der l. 12 selbständig diesen Weg zur Verpfändung von Servituten aufzustellen befugt sein. Sehen wir aber auf das practische Leben, so ergibt sich sofort die Ueberzeugung, daß an anderen als den vier in l. 12 genannten Servituten die pigneratio nur ausnahmsweise vorkommen kann. Städtische Gerechtigkeiten werden selten oder nie eine nachweis- oder unterscheidbare Erhöhung des Werths und Kaufpreises für das praedium dominans hervorbringen, und auch unter den ländlichen kaum andere als jene vier, welche gewissermaßen die ersten Lebensbedürfnisse der Landwirthschaft enthalten, während bei den übrigen die utilitas mehr eine künstlich geschaffene, nicht so unmittelbar von Einfluß auf Bewirthschaftung und Ertrag ist. Es gilt das selbst von den bei den Römern wenig entwickelten Weideservituten, auf welche Dernburg (Pfandr. Bd. 1 S. 496, Anm. 14) für das heutige Recht hinweist, da sie nur unter der Voraussetzung eines den natürlichen Bedarf des fundus dominans überschreitenden

Viehstandes von Nutzen sind und daher mehr Gelegenheit zur Verwendung anderweiten Betriebscapitals geben, als den Werth des Grundbesitzes selbst erhöhen.

So gelangen wir zu folgender Erklärung.

Marcian hatte in seinem Werk ad formulam hypothecariam keine Veranlassung die Fälle von pignoris conventio, in welchen nicht die actio hypothecaria oder nächstverwandte Rechtsmittel (l. 11 §. 2) Anwendung finden, anders als durch die Negative, daß bei ihnen pignus und hypotheca nicht vorkommen, zu erwähnen; er hat gewiß, sei es von jura praediorum schlechtweg gesprochen, sei es ausdrücklich hinzugefügt, daß von den ländlichen das Gleiche gelte, was von den städtischen; er hat dabei vermuthlich an schon bestehende Servituten ebenso gut wie an erst zu gründende gedacht, da ja auch in §. 2 beim Ususfructus beide Fälle besprochen sind. Paulus dagegen war im Edictscommentar veranlaßt, auch die Combinationen zu erwähnen, wo durch andere Rechtsformen der Zweck der Verpfändung erreicht wird; bei dem Charakter der ganzen römischen Jurisprudenz aber ist es begreiflich, daß er nicht an abstracte Möglichkeiten, sondern zunächst nur an diejenigen Servituten dachte, bei welchen sich thatsächlich das Bedürfniß einer pignoris conventio zeigen mochte: er wollte also gewiß die Anwendung auf andere nicht ausschließen, sondern zog sie als unerheblich nicht in Betracht.

Es ist allerdings möglich, daß die Compilatoren einen Widerspruch zwischen Marcian und Paulus zu finden, und es scheint, daß sie ihn dadurch beseitigen zu müssen glaubten, daß sie in der Stelle des ersteren das urbanorum einschoben oder die parallele Erwähnung der rusticae servitutes wegließen; es kann sein, daß sie in der That den Umweg der l. 12 bei städtischen nicht bloß für unpractisch, sondern auch für unzulässig hielten. Ich glaube aber nicht, daß dieser rein theoretische Irrthum die Sachlage ändert: die Negation der l. 11 §. 3 ist immer noch bei allen Servituten wahr und nothwendig, und ebenso ist l. 12 an sich auf alle anwendbar, wenn sie auch bei andern als jenen vier nicht im Verkehr benutzt werden wird. Erstere Stelle ist ja nur eine Folgerung

aus der Natur des Pfandrechts, wie es den Römern selbst erschien, und bei der zweiten handelt es sich nicht um die Grenze einer Singularität, die wir nicht überschreiten dürften, sondern würde es umgekehrt eine nicht zu erklärende Anomalie sein, wenn die Modalitäten, durch deren Zufügung die Bestellung einer Servitut dem Zweck der Verpfändung dienen kann, nur bei einigen wenigen oder bei einer einzigen Klasse erlaubt werden sollten.

XIII.

Ist die actio Pauliana durch vorausgegangene Concurseröffnung bedingt?

Von **Fitting.**

Wohl wenige Rechtsfragen dürften für die Praxis wichtiger sein und in den Gerichten häufiger zur Sprache kommen, als diejenige, ob es zu den Voraussetzungen der actio Pauliana gehöre, daß schon über das Vermögen des fraudulösen Schuldners formeller Concurs eröffnet worden sei. Da gleichwohl die neuere deutsche Rechtsliteratur über diese Frage so gut wie gänzlich schweigt, so darf ich vielleicht auf den Dank mancher Leser dieser Zeitschrift rechnen, wenn ich den darauf bezüglichen Theil der Entscheidungsgründe eines unlängst von unserm Spruchcollegium gefällten Urtheils hier mittheile. Es heißt dort:

Was zunächst das römische Recht anlangt, so mag es sein, daß vielleicht ursprünglich die Zulässigkeit der actio Pauliana von nichts weiter, als einer dolosen, für einen oder sämmtliche Gläubiger nachtheiligen Veräußerung abhängig gemacht wurde.[1]) Davon ist aber jedenfalls das spätere und namentlich das Justinianische Recht abgegangen, indem es zur Anstellung der

---

1) Cicero ad Att. I, 1; Schrader ad §. 6 I. de act. 4, 6 princ. und zu den Worten „bonis .... possessis“ a. E.